



HET ARREST-DIDAM: OVERHEID, PRIVAATRECHT EN MEDEDINGINGSRUIMTE

DE GEVOLGEN VOOR DE PRAKTIJK GESCHETST IN VRAGEN EN ANTWOORDEN

INHOUD

1. Welke kernverplichting heeft de Hoge Raad nu precies geformuleerd in het arrest-Didam?	2
2. Geldt er een uitzondering op deze kernverplichting?	2
3. Welke overheidslichamen moeten met deze regels rekening houden?	2
4. Ziet de verplichting tot het bieden van gelijke kansen alleen op gronduitgifte door de overheid?	3
5. Welk doel dient de kernverplichting in het arrest-Didam?	3
6. Welke criteria mogen in de algemene selectieprocedure worden gehanteerd?	3
7. Welke selectieprocedure(s) mag het overheidslichaam toepassen?	4
8. Hoe verhouden zich de selectiecriteria tot het aanbestedingsrecht?	4
9. Hoe verhouden zich de selectiecriteria tot de staatssteunregels?	4
10. Welke criteria mogen voor toepassing van de uitzonderingsregel worden gehanteerd?	4
11. Welke rechtsmiddelen staan open tegen de vaststelling of de onjuiste toepassing van de selectiecriteria?	5
12. Welke eisen worden gesteld aan bekendmaking van het gemotiveerde voornemen tot het aangaan van een transactie met een partij die als 'enige serieuze gegadigde' wordt aangemerkt?	6
13. Wat zijn de gevolgen voor gebruikelijke samenwerkingsmodellen tussen overheidslichamen en marktpartijen?	7
14. Mogen samenwerkingsovereenkomsten nog één-op-één tussen overheidslichamen en marktpartijen tot stand komen?	7
15. Wat zijn de consequenties voor het gronduitgiftebeleid van overheidslichamen?	8
16. Wat zijn de consequenties voor reeds gesloten en uitgevoerde overeenkomsten waarin door overheidslichamen is verkocht en geleverd zonder daarbij 'mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure' te bieden?	8
17. Wat te doen in lopende onderhandelingen waarvan een één-op-één gunning onderdeel is?	9
18. Strekt de zorgplicht van de notaris zich ook uit tot het verrichten van onderzoek naar de door het overheidslichaam verrichte transparante verkoopprocedure?	10

ALGEMEEN

1. Welke kernverplichting heeft de Hoge Raad nu precies geformuleerd in het arrest-Didam?

De Hoge Raad heeft in het arrest-Didam¹ bepaald dat uit het gelijkheidsbeginsel – dat in deze context moet worden verstaan als: het bieden van gelijke kansen – voortvloeit dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak indien (i) er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de betreffende onroerende zaak (hetgeen alsdan dus bekend zou moeten zijn bij het overheidslichaam) of (ii) redelijkerwijze te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn (hetgeen een redelijke inschatting van het overheidslichaam veronderstelt).

In dat geval moet het overheidslichaam, gebruikmakend van de hem toekomende beleidsruimte, selectiecriteria opstellen die objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

Om gelijke kansen te realiseren moet het overheidslichaam bij de te volgen procedure een passende mate van openbaarheid verzekeren. Deze procedure moet betreffen de beschikbaarheid van de onroerende zaak (dat wil zeggen: het feit dat deze te koop is), de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria.

Informatie over deze aspecten moet tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure worden bekend gemaakt op een zodanige wijze dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.²

2. Geldt er een uitzondering op deze kernverplichting?

Mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijze mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop (de uitzonderingsregel).

In dat geval moet het overheidslichaam zijn voornemen tot het verrichten van de privaatrechtelijke rechtshandeling tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekendmaken dat eenieder daarvan kennis kan nemen. Daarbij moet worden gemotiveerd waarom naar het oordeel van het overheidslichaam op grond van de bedoelde criteria bij voorbaat vaststaat, of redelijkerwijze mag worden aangenomen, dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.³

3. Welke overheidslichamen moeten met deze regels rekening houden?

Er moet van worden uitgegaan dat deze regels (de kernverplichting en de uitzonderingsregel) niet alleen van toepassing zijn op de (organen van de) overheidslichamen als bedoeld in artikel 2:1, lid 1 en 2 BW (de Staat, provincies, gemeenten en waterschappen) maar eveneens op de lichamen of bestuursorganen waarop de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing worden geacht op het privaatrechtelijk handelen, al dan niet via reflexwerking. Te denken valt aan de lichamen waartoe behoren de 'a-organen' en de 'b-organen' van artikel 1:1, lid 1 Awb, openbare lichamen via de Wet gemeenschappelijke regelingen, bepaalde zelfstandige bestuursorganen alsmede bepaalde privaatrechtelijke overheidsvennootschappen. De exacte omvang van de reikwijdte zal in de praktijk nog moeten blijken.

1 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

2 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, rov. 3.1.4 en 3.1.5.

3 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, rov. 3.1.6.

Een meer beperkte opvatting zou in de hand werken dat overheden, teneinde de werking van de door de Hoge Raad geformuleerde regels te ontgaan, de activiteiten die zien op de verkoop van of het leveren van rechten op onroerende zaken, structureren in privaatrechtelijk vormgegeven entiteiten. De regels van de Hoge Raad lijken niet te beperkt te mogen worden opgevat.

4. Ziet de verplichting tot het bieden van gelijke kansen alleen op gronduitgifte door de overheid?

Gelet op de algemeen geformuleerde overwegingen van de Hoge Raad moet aangenomen worden dat de door de Hoge Raad geformuleerde regels generiek van toepassing zijn op al het privaatrechtelijk overheidshandelen. De regels betreffen derhalve niet slechts verkoop, en betreffen evenmin uitsluitend onroerende zaken. In alle gevallen dient het te gaan om zaken waarvan de overheid bekend is, of waarvan vermoed kan worden, dat er meer potentiële gegadigden zijn.

Zonder te streven naar volledigheid kunnen in elk geval worden genoemd voornemens van overheidslichamen tot het verrichten van de volgende rechtshandelingen met betrekking tot overheidseigendommen:

- privaatrechtelijke verkoop in het algemeen
- uitgifte in erfpacht
- verhuur
- verpachting
- ruil
- bruikleen
- gunning van werken of diensten onder drempelwaarden
- vestiging van opstalrechten of gedoogplichten
- vestiging van andere zakelijke of gebruiksrechten.

Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt niet dat hierbij drempelwaarden gelden, anders dan bij Europese aanbestedingsregels of eigen aanbestedingsbeleid van het betreffende overheidslichaam. Nadere jurisprudentie zal moeten uitwijzen of dit inderdaad de regel wordt.

5. Welk doel dient de kernverplichting in het arrest-Didam?

De door de Hoge Raad nu uitgeschreven lijn bevordert transparantie en het bieden van gelijke kansen ingeval van meerdere gegadigden bij het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen door overheidslichamen. Favoritisme en willekeur worden voorkomen. Deze lijn bevestigt dat de positie van een overheidslichaam op dit punt verschilt van die van een private partij. De Hoge Raad volgt hierbij – naar analogie – de lijn die reeds in de bestuursrechtspraak was uiteengezet ten aanzien van de verdeling van schaarse publieke rechten.⁴

NIEUWE SITUATIES

6. Welke criteria mogen in de algemene selectieprocedure worden gehanteerd?

Het overheidslichaam dat voornemens is een privaatrechtelijke rechtshandeling te verrichten die wordt bestreken door het arrest-Didam, zal, met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte, criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de contractant wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

⁴ Vgl. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, rov. 8 met betrekking tot het verlenen van schaarse vergunningen.

De toevoeging van de Hoge Raad in dit verband dat de criteria worden opgesteld *'met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte'* geeft het overheidslichaam de nodige armslag om te komen tot beleidsmatig bruikbare criteria. De buitengrens wordt bepaald door de vereiste objectiviteit, toetsbaarheid en redelijkheid. Hieruit volgt dat de selectiecriteria behalve op de prijs – die gelet op de staatssteunregels marktconform dient te zijn – ook kunnen zien op (bijvoorbeeld) kwaliteit, geschiktheid, duurzaamheid, beoogde integraliteit, het behalen van bepaalde maatschappelijke doelen en het bieden van kansen aan partijen die op de markt in kwestie een achterstand hebben.

Het verdient aanbeveling dat het overheidslichaam de selectiecriteria neerlegt in algemene beleidsregels, waarmee deze criteria (bijvoorbeeld) deel gaan uitmaken van het algemene uitgiftebeleid van het overheidslichaam. In deze beleidsregels kan tevens worden voorzien in een transparante procedure voor afwijking van deze criteria en de daarbij te respecteren randvoorwaarden, teneinde rekening te kunnen houden met de bijzondere situaties waarin specifieke selectiecriteria vereist of gerechtvaardigd zijn.

7. Welke selectieprocedure(s) mag het overheidslichaam toepassen?

Het overheidslichaam kan bij het bieden van mededingingsruimte kiezen voor de selectieprocedure die, gelet op de aard van de voorgenomen rechtshandeling, daarvoor het meest in aanmerking komt, waarbij gewaarborgd dient te zijn dat een passende mate van openbaarheid te allen tijde is gewaarborgd. Niets verzet zich ertegen dat het overheidslichaam daarbij gebruikt maakt van een van de methoden die in bestuursrechtelijke sfeer gebruikelijk worden gehanteerd bij de verdeling van schaarse publieke rechten, zoals *'first come, first served'* (volgorde van binnenkomst), economisch meest voordelige aanbidding/prijs, kwalitatieve vergelijking (*'tender', 'pitch'* of *'beauty contest'*), veiling of loting.

8. Hoe verhouden zich de selectiecriteria tot het aanbestedingsrecht?

Het arrest-Didam brengt geen wijziging in het feit dat een zuivere gronduitgifte niet aanbestedingsplichtig is onder Aanbestedingswet 2012 en de EU-richtlijnen.⁵ De Hoge Raad introduceert voor privaatrechtelijke rechtshandelingen ten aanzien van overheidseigendommen ten aanzien waarvan moet worden aangenomen dat er meer dan één potentiële gegadigde is, uitgevoerd door een overheidslichaam dat is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het gelijkheidsbeginsel, de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure, waarbij een passende mate van openbaarheid is verzekerd.

9. Hoe verhouden zich de selectiecriteria tot de staatssteunregels?

Indien de selectie uitsluitend plaatsvindt op basis van prijs wordt aangenomen dat de uitkomst marktconform is.⁶ Bij selectie (ook) op andere criteria, waaraan meer gewicht wordt toegekend dan aan de prijs, zal de marktconformiteit nader moeten worden onderzocht, bijvoorbeeld door middel van het doen overleggen van een taxatierapport bij de bieding.

10. Welke criteria mogen voor toepassing van de uitzonderingsregel worden gehanteerd?

Naar mag worden aangenomen zal alleen in uitzonderingsgevallen evident zijn dat er voor een bepaalde privaatrechtelijke transactie slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt. Het voorbeeld dat hierbij vaak wordt genoemd is het reepje gemeentelijk snippergroen gelegen naast een enkel woonhuis.

⁵ Zie HvJEU 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Muller).

⁶ Vgl. HvJEU 2 september 2021, C-647/19 P, ECLI:EU:C:2021:666, (*Ja zum Nürburgring/Commissie*), punt 123 en HvJEU 2 september 2021, C-665/19 P, ECLI:EU:C:2021:667, (*NeXovation/Commissie*), punt 73.

Idealiter zijn de vereiste objectieve, toetsbare en redelijke criteria vooraf kenbaar en worden deze in het concrete geval toegepast. Daarvan is sprake indien het betreffende overheidslichaam (bijvoorbeeld) in zijn gronduitgiftebeleid vooraf en uitdrukkelijk de bedoelde criteria, bij de vervulling waarvan het overheidslichaam van oordeel is dat het een privaatrechtelijke rechtshandeling zónder selectieprocedure mag gunnen, heeft ingevuld.

Het is ook mogelijk dat het overheidslichaam, alvorens de privaatrechtelijke overeenkomst aan één partij aan te bieden, *ad hoc* zijn overwegingen daartoe heeft geformuleerd. Onder omstandigheden zouden ook deze overwegingen als de vereiste objectieve, toetsbare en redelijke criteria kunnen gelden.

Hoewel de Hoge Raad bij de formulering van de uitzonderingsregel waar het betreft (het opstellen van) de objectieve, toetsbare en redelijke criteria op grond waarvan slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop – anders dan bij de algemene selectiecriteria – niet verwijst naar de beleidsruimte die het overheidslichaam daarbij toekomt, moet worden aangenomen dat op dat punt geen verschil is beoogd.

Voor wat betreft de aard van de (objectieve, toetsbare en redelijke) criteria bij het aanmerken van een partij als 'de enige serieuze gegadigde' worden geen regels gegeven. Op dit punt verkeren overheidslichamen en potentiële gegadigden derhalve in onzekerheid, totdat de reikwijdte in nadere jurisprudentie zal zijn ingevuld. Hetgeen wij hierna doen volgen is een lezing van de uitzonderingsregel die, ook omdat de Hoge Raad geen overgangsregel heeft geformuleerd, zoveel als mogelijk recht doet aan de bestaande praktijk.

Verdedigbaar is dat het overheidslichaam de criteria voor toepassing van de uitzonderingsregel (ook) mag zoeken in (een combinatie van) aspecten zoals: de inbedding van de voorgenomen transactie in een onlosmakelijk samenhangend geheel van eerder gemaakte afspraken, de noodzakelijke integraliteit van de ontwikkeling waarvan de privaatrechtelijke transactie een onderdeel is, de omstandigheid dat een andere eigenaar dan de betreffende gegadigde ten aanzien van de betreffende onroerende zaak een beleidsmatig gewenste voortvarende ontwikkeling aantoonbaar zal bemoeilijken of vertragen, de aard, hoedanigheid en bekwaamheid van de beoogde contractspartij, samenhang met een bestaande rechtmatig verkregen grondpositie van deze partij, bewezen commitment van de beoogde koper, de bereidheid en het in staat zijn van de betreffende partij om conform gewenste vorm van planuitvoering te realiseren,⁷ de bereidheid om ter zake met het overheidslichaam te contracteren, en bijvoorbeeld het (aantoonbaar mindere) realiteitsgehalte van door derden geclaimde ontwikkelingsmogelijkheden.

Bedacht moet wel worden dat het hier een uitzonderingsregel betreft ten opzichte van de kernverplichting die de Hoge Raad in het arrest-Didam heeft geformuleerd. Dat betekent dat onzes inziens de criteria zodanig moeten zijn dat de conclusie dat in het betreffende geval redelijkerwijze slechts sprake kan zijn van één serieuze gegadigde zich met voldoende evidentie moet opdringen.

Het toeschrijven van de criteria voor toepassing van de uitzonderingsregel naar de beoogde specifieke partij zal niet zijn toegestaan.

11. Welke rechtsmiddelen staan open tegen de vaststelling of de onjuiste toepassing van de selectiecriteria?

Het besluit tot het vaststellen van de selectiecriteria zelf zal, als vaststelling van een beleidsregel c.q. als privaatrechtelijke voorbereidingshandeling, voor derden/ potentiële gegadigden niet rechtstreeks langs bestuursrechtelijke weg aantastbaar zijn.⁸

⁷ Vgl. in dit verband de jurisprudentie ten aanzien van de 'vorm van planuitvoering' in relatie tot het zelfrealisatierecht bij onteigening.

⁸ Artikel 8:3, lid 1 en 2 Awb.

De vastgestelde selectiecriteria kunnen, indien in een civiele bodemprocedure een op basis daarvan tot stand gekomen rechtshandeling via een onrechtmatige daadsactie ter beoordeling wordt voorgelegd, als beleidsregels wel worden getoetst (exceptieve toetsing) en in een voorkomend geval onverbindend worden geoordeeld.

Een partij die daarbij belang heeft kan ook, om de totstandkoming van een voorgenomen rechtshandeling te voorkomen, het voornemen daartoe bij voldoende spoedeisend belang in civiel kort geding laten toetsen. Daarbij kan, bijvoorbeeld, worden gevorderd een verbod tot het aangaan van de betreffende rechtshandeling op basis van het niet (correct) toegepast zijn van selectiecriteria of selectieprocedure, dan wel het niet van toepassing zijn van de uitzonderingsregel ingeval van een voorgenomen één-op-één transactie. Daarbij kan ook een (voorlopig) oordeel worden gevraagd over de verbindendheid van de selectiecriteria, of kan worden gevorderd deze buiten toepassing te laten.

12. Welke eisen worden gesteld aan bekendmaking van het gemotiveerde voornemen tot het aangaan van een transactie met een partij die als 'enige serieuze gegadigde' wordt aangemerkt?

Het overheidslichaam dat voornemens is toepassing te geven aan de uitzonderingsregel, zal zijn voornemen tot verkoop aan de 'enige serieuze gegadigde' tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze moeten bekendmaken, dat eenieder daarvan kennis kan nemen. Zodra een koopovereenkomst is gesloten kan deze weg niet meer worden bewandeld. Zie daarover hierna. Analoog aan de termijn zoals deze volgens de Aanbestedingswet 2012 geldt bij gunning zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht, wordt geadviseerd om tot aan het verrichten van de rechtshandeling ten minste een termijn van 20 kalenderdagen aan te houden, ingaande op de dag na de datum van de publicatie.⁹ Het alternatief is dat men veiligheidshalve aansluit bij de termijn voor inschrijvingen bij een openbare procedure,¹⁰ dan wel enige andere in de Aanbestedingswet 2012 beschreven die daarvoor gelet op de aard van de procedure het meest in aanmerking komt.

De publicatie dient plaats te vinden op een geschikte wijze, die zoveel als mogelijk verzekert dat eenieder die daarbij belang heeft daarvan kennis kan nemen. Aannemelijk is dat de gemeentelijke website – voor zover daarop mededelingen of publicaties als de onderhavige plegen te worden geplaatst – , de gemeentepagina in het plaatselijke mededelingenblad en sinds de inwerkingtreding van de Wet elektronische publicaties op 1 juli 2021 het Gemeenteblad, mits eenvoudig voor eenieder toegankelijk, als geschikte media zullen gelden. In mindere mate zal dat gelden voor de Staatscourant. Bij een grotere selectie kan (ook) publicatie via de gebruikelijke aanbestedingsrechtelijke kanalen (TenderNed, Aanbestedingskalender, TED etc.) geschikt zijn.

De formulering van de uitzonderingsregel in het arrest-Didam laat ruimte om de publicatie te beperken tot de enkele mededeling van het voornemen tot het verrichten van de privaatrechtelijke rechtshandeling met de specifieke (als 'enig' gekwalificeerde) gegadigde, voorzien van de motivering die aansluit op de daarvoor opgestelde criteria. Hoewel het niet noodzakelijk is om in de publicatie een uitdrukkelijke uitnodiging op te nemen tot het geven van een zienswijze op het gepubliceerde voornemen, noch om een termijn op te nemen waarbinnen kan worden gereageerd, verdient het aanbeveling om ten minste een eindtermijn op te nemen voor een reactie, die correspondeert met de termijn die volgens het voorgaande wordt aangehouden voor het verrichten van de voorgenomen rechtshandeling.

9 Vgl. artikel 4.16 lid 1 sub c Aw 2012.

10 Die termijn bedraagt 45 dagen; zie art. 2.71, lid 1 Aw 2012.

13. Wat zijn de gevolgen voor gebruikelijke samenwerkingsmodellen tussen overheidslichamen en marktpartijen?

Het arrest-Didam maakt geen onderscheid tussen (voorgenomen) privaatrechtelijke transacties die plaatsvinden buiten het verband van in de praktijk van gebiedsontwikkeling gebruikelijke samenwerkingsvormen, en voorgenomen transacties die daarbinnen plaatsvinden.

De strikt geformuleerde uitzonderingsregel (alleen één-op-één gunning indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijze mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt) maakt dat elk onderdeel van een samenwerkingsvorm dat een privaatrechtelijke transactie behelst die wordt bestreken door de regel van het arrest-Didam op zijn merites beoordeeld moet worden.

Niet uitgesloten – maar op dit moment onzeker – is of het onder omstandigheden verdedigbaar zal zijn dat, op basis van de criteria als hiervoor bij *vraag 10* uiteengezet, onder de uitzonderingsregel wordt gebracht de uitgifte van grond door een overheidslichaam bij wege van inlossing van een bouwclaim. Onderdeel van de motivering zou in dat geval zijn dat de voorgenomen inlossing van de bouwclaim zijn grondslag vindt in een eerder gesloten en tot uitvoering gebracht geheel aan afspraken waarin, bijvoorbeeld, de betreffende gegadigde eerder zelf gronden bij het overheidslichaam heeft ingebracht op basis van de afspraak dat na bouwrijp maken daarvan een bepaald areaal aan gronden in de vorm van bouwrijpe kavels kan worden uitgenomen.

Op deze wijze zullen ook andere bepalingen in samenwerkingsovereenkomsten over grondverwerving nader beoordeeld moeten worden. Gebruikelijk is bijvoorbeeld de bepaling dat als de ontwikkelaar er niet in slaagt bepaalde (rest)percelen te verwerven, de gemeente zich zal inspannen om deze gronden met toepassing van het instrumentarium van de onteigeningswet te verwerven, teneinde deze gronden na verwerving door te verkopen aan de ontwikkelaar. Een dergelijke afspraak zou, om uitgevoerd te kunnen worden, moeten worden gebracht onder de (criteria van de) uitzonderingsregel. Datzelfde geldt bijvoorbeeld voor de inbreng van grond door een overheidslichaam in een onderneming die het samen met een marktpartij heeft opgericht ten behoeve van een bepaald doel.

Omdat waarschijnlijk in meer gevallen mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure moet worden geboden dan thans de praktijk is, wordt het voor overheidslichamen in meer gevallen mogelijk om in samenwerkingsovereenkomsten bouwplichten op te nemen, waar dat tot op heden werd vermeden teneinde het ontstaan van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht te voorkomen. Indien, bij een overeenkomst die ook voorziet in grondverkoop, toch reeds een transparante selectieprocedure moet worden toegepast, is het een beperkte stap om deze volledig te laten voldoen aan de aanbestedingsregels.

14. Mogen samenwerkingsovereenkomsten nog één-op-één tussen overheidslichamen en marktpartijen tot stand komen?

De door de Hoge Raad in het arrest-Didam geformuleerde regels zien op (het voornemen tot) het verrichten van een rechtshandeling met overheidseigendommen. Tenzij het object van de samenwerkingsovereenkomst in feite een overheidsopdracht vormt – omdat het overheidslichaam zich tot meer verbindt dan bijvoorbeeld publiekrechtelijk ingekaderde inspanningsverplichtingen – is het sluiten van enige vorm van samenwerkingsovereenkomst (hoe ook aangeduid) mogelijk zonder voorafgaande transparante procedure. Zodra het overheidslichaam, al dan niet in vervolgovereenkomsten, tevens overgaat tot het verrichten van een rechtshandeling ten aanzien van overheidseigendommen, zullen de regels van het arrest-Didam in acht moeten worden genomen.

15. Wat zijn de consequenties voor het gronduitgiftebeleid van overheidslichamen?

Het gronduitgiftebeleid van overheidslichamen zal moeten worden aangevuld met (i) objectieve, toetsbare en redelijke selectiecriteria bij het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijke transacties, (ii) een beschrijving van de daarbij te volgen 'passende openbare' procedure (beschikbaarheid onroerende zaak, selectieprocedure, tijdschema en selectiecriteria), (iii) de daarbij behorende geschikte publicatiewijze, alsmede zo mogelijk (iv) objectieve, toetsbare en redelijke criteria ter bepaling van de vraag wanneer sprake is van 'één serieuze gegadigde' (de uitzonderingsregel), en (v) de wijze van publicatie van een desbetreffende gemotiveerd voornemen tot toepassing van de uitzonderingsregel.

BESTAANDE SITUATIES

16. Wat zijn de consequenties voor reeds gesloten en uitgevoerde overeenkomsten waarin door overheidslichamen is verkocht en geleverd zonder daarbij 'mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure' te bieden?

In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de Hoge Raad in het arrest-Didam regels heeft geformuleerd die geacht moeten worden ook daarvoor reeds te hebben gegolden, ook ten tijde van de totstandkoming van een reeds gesloten overeenkomst. De Hoge Raad heeft in dit geval geen overgangsregel geformuleerd, noch heeft de Hoge Raad aangegeven hoe met 'oude gevallen' moet worden omgegaan. Dat betekent dat als aanbeveling geldt dat een risico-inventarisatie wordt gemaakt van reeds gesloten overeenkomsten.

Een overeenkomst die strekt tot een privaatrechtelijke rechtshandeling waarbij niet, of niet op de voorgeschreven wijze, mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure is toegepast, zou op grond van artikel 3:40 lid 1 BW in beginsel nietig kunnen zijn. Daarvoor is vereist dat sprake is van een gekwalificeerde schending van het gelijkheidsbeginsel, zoals het geval dat het overheidslichaam eerder of meermaals is gewaarschuwd.¹¹ Indien een parallel zou worden getrokken met de sanctie op schending van de aanbestedingsregels, ligt nietigheid niet per definitie voor de hand. Uit de rechtspraak volgt dat slechts in zeer zwaarwegende gevallen sprake kan zijn van nietigheid van de aanbestedingsovereenkomst.¹² Anders dan bij schending van de staatssteunregels, waar gehele of partiële nietigheid van de overeenkomst in kwestie aangewezen kan zijn om de onrechtmatige toestand weg te nemen, kan derhalve niet zonder meer worden gesteld dat schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel, steeds de nietigheid van de daarmee in strijd verrichte rechtshandeling tot gevolg heeft.

Voorts kan niet worden uitgesloten dat een dergelijke overeenkomst op de voet van artikel 3:40 lid 2 BW, wegens strijd met de wet (artikel 3:14 BW) vernietigbaar is.¹³ Verwacht mag echter worden dat de rechter voor wie een vordering tot nietigverklaring aanhangig is, zeker indien de transactie langer geleden heeft plaatsgevonden, inmiddels door derden verkregen rechten of meer in het algemeen de rechtszekerheid in het rechtsverkeer zwaarder zal laten wegen, bijvoorbeeld in het geval al juridische levering heeft plaatsgevonden of anderszins rechten van derden op het object van de overeenkomst zijn gevestigd. Daarbij zal een rol spelen dat vernietiging op vordering van een potentieel benadeelde partij niet betekent dat deze partij recht heeft op het (in de plaats van de andere partij) partij worden bij de overeenkomst met het overheidslichaam. Deze partij had immers hooguit een aanspraak om mee te dingen.

11 Gerechtshof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2014, r.o. 4. Vgl. ook HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655, m.nt. A.R. Bloembergen (Alkemade/Hornkamp).

12 HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826, (Uneto/De Vliert), r.o. 4.5.

13 Vgl. artikel 4.15 Aw 2012

Wij verwachten dat in de meeste gevallen een potentieel benadeelde gegadigde het overheidslichaam zal aanspreken op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Ingeval wordt vastgesteld dat een overheidslichaam onrechtmatig heeft gehandeld door bij een privaatrechtelijke rechtshandeling geen mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure te bieden, kan deze schadeplichtig worden jegens de potentieel benadeelde partij of partijen. Het zal evenwel niet eenvoudig zijn vast te stellen of schade is geleden, omdat deze partij niet meer dan een kans had om contractspartij te worden. Dit zal zich derhalve in de meeste gevallen oplossen in de methodiek van het vaststellen van kansschade.¹⁴

17. Wat te doen in lopende onderhandelingen waarvan een één-op-één gunning onderdeel is?

In lopende onderhandelingen over een privaatrechtelijke overeenkomst zal steeds een beoordeling moeten worden gemaakt van de stand van zaken.

Al mededingingsruimte geboden?

In de eerste plaats moet worden beoordeeld of de lopende onderhandelingen gestart zijn op basis van een procedure die in voldoende mate kwalificeert als het door de Hoge Raad vereiste 'bieden van mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure'. Indien dat het geval is, mag ervan worden uitgegaan dat met de aldus geselecteerde partij kan worden dooronderhandeld.

Indien weliswaar een vorm van transparantie is geboden, maar niet volledig naar de maatstaven zoals deze in het arrest-Didam zijn geformuleerd, zal het van de concrete omstandigheden afhangen of dit (niettemin) voldoende wordt geacht, of dat geconcludeerd moet worden dat de regels (nog) niet zijn nageleefd. In dat laatste geval zal alsnog de vereiste procedure moeten worden doorlopen.

Uitzonderingsregel van toepassing?

De tweede beoordeling die dient plaats te vinden, is die of sprake is van een situatie die evident valt onder de uitzonderingsregel, dan wel een situatie waarin dat (nog) niet evident is maar dat standpunt wel kan worden ingenomen.

Er lijkt geen bezwaar tegen te bestaan indien een overheidslichaam, die er, bij gebreke van een uitdrukkelijke wettelijke bepaling van deze aard of van bestaande jurisprudentie in de lijn van het arrest-Didam, nog niet toe was overgegaan om ofwel in de vorm van algemeen geldende beleidsregels (zoals in gronduitgiftebeleid) ofwel in de vorm van *ad hoc* overwegingen de vereiste objectieve, toetsbare en redelijke criteria te formuleren, dit alsnog doet gedurende het lopende proces van onderhandelingen. Het bestaan van gegronde redenen om juist aan de betreffende partij te gunnen, zal een mate van evidentie moeten hebben die maakt dat deze overwegingen kunnen gelden als de vereiste objectieve, toetsbare en redelijke criteria nodig voor 'enkelvoudige gunning', ook weer zonder dat apert naar een gegadigde is 'toegeschreven'.

Indien het overheidslichaam in de loop van het proces van totstandkoming van de privaatrechtelijke rechtshandeling op deze wijze handelt, zal het voorts uitvoering moeten geven aan het vereiste dat het voornemen tot het verrichten van deze rechtshandeling – met de aldus 'geselecteerde' enige serieuze gegadigde – tijdig voorafgaand aan de rechtshandeling op zodanige wijze wordt bekend gemaakt dat eenieder daarvan kennis kan nemen. Bij die publicatie moet worden gemotiveerd waarom naar het oordeel van het overheidslichaam op grond van de door haar ingevulde objectieve, toetsbare en redelijke criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijze mag worden aangenomen, dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

14 Zie Hof 's-Hertogenbosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1607.

De beoogde contractspartij zal l bij de onderhandelingen over een overeenkomst bedingen dat het overheidslichaam zich, indien na publicaties reacties van derden worden ontvangen, zal (blijven) inspannen om de toepassing van de uitzonderingsregel in dit geval – desnoods in rechte – te verdedigen. Het overheidslichaam van zijn kant zal in het tot stand te brengen contract willen doen opnemen de bepaling dat geen aansprakelijkheid wordt aanvaard voor het geval dat ondanks de inspanningsplicht als hiervoor bedoeld, onherroepelijk komt vast te staan dat het overheidslichaam in dit geval niet op basis van de uitzonderingsregel aan deze ‘enkele gegadigde’ mocht gunnen c.q. de bepaling dat het overheidslichaam wordt gevrijwaard van de eventuele gevolgen daarvan.

Afbreken en (alsnog) mededingingsruimte bieden door middel van selectieprocedure

In het geval niet reeds eerder de vereiste mededingingsruimte was geboden, en evenmin de uitzonderingsregel van toepassing is verklaard of kan worden verklaard, zal het aanbiedingsproces moeten worden afgebroken en zal het overheidslichaam de vereiste ‘mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure’ (alsnog) moeten bieden. Dat zou betekenen dat de onderhandelingen met de beoogde koper zouden moeten worden afgebroken. In beginsel gelden de daarvoor in de jurisprudentie geldende regels gebaseerd op de invloed van de (pre)contractuele goede trouw.¹⁵ De onderhandelingen zouden zover gevorderd kunnen zijn, dat eenzijdig afbreken ervan onder normale omstandigheden niet rechtmatig zou zijn zonder het aanbieden van een schadevergoeding. Indien het afbreken van de onderhandelingen in deze fase zijn grond vindt in het – gelet op het arrest-Didam – alsnog moeten bieden van mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure, rijst de vraag of het overheidslichaam zonder meer schadeplichtig is. De beoogde koper kan zich op het standpunt stellen dat dit voor risico van het overheidslichaam komt. Het overheidslichaam kan zich op het standpunt stellen dat de regel die de Hoge Raad in het arrest-Didam heeft verwoord, in feite geacht moet worden al steeds te hebben gegolden, dat ieder wordt geacht het recht te kennen, en dat dit zeker geldt voor een professionele partij die door deskundige adviseurs wordt bijgestaan. In zoverre is sprake van de realisering van een risico dat beide partijen zijn aangegaan.

Indien de onderhandelingen nog niet in de eindfase verkeerden, zodat nog geen sprake is van het ontstaan zijn van een zodanige mate van precontractuele goede trouw dat afbreken niet zonder schadevergoeding mogelijk is, zou afbreken van de onderhandelingen en het overstappen op een selectieprocedure mogelijk zijn zonder schadeplichtigheid.

Contractuele bepalingen - vrijwaring

Als gevolg van het arrest-Didam zal een praktijk ontstaan waarin in overeenkomsten die privaatrechtelijke rechtshandelingen bevatten die worden bestreken door het arrest-Didam, in het bijzonder daar waar toepassing wordt gegeven aan de uitzonderingsregel, zal worden gewerkt met bepalingen die ofwel het overheidslichaam ofwel de beoogde contractant, ofwel beide, vrijwaren tegen de nadelige gevolgen indien als gevolg van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak komt vast te staan dat het overheidslichaam, ondanks de daaraan ten grondslag gelegde motivering, ten onrechte toepassing heeft gegeven aan de uitzonderingsregel.

HET RECHTSVERKEER / DE NOTARIS

18. Strekt de zorgplicht van de notaris zich ook uit tot het verrichten van onderzoek naar de door het overheidslichaam verrichte transparante verkoopprocedure?

Voor de levering van onroerende zaken en de vestiging van beperkte rechten op onroerende zaken is een notariële akte vereist. Het arrest-Didam doet de vraag rijzen wat de impact van de uitspraak is voor de rol van de notaris die

¹⁵ HR 18 juni 1982, NJ 1983,723 (Plas/Valburg); HR 12 augustus 2005, NJ 2005,467 (JPO/CBB).

opdracht krijgt om een akte te verlijden waarbij (al dan niet in een voorafgaande schakel) sprake is van een overheidslichaam dat eigendommen levert of bezwaart. Hetgeen hier wordt opgemerkt over een levering van onroerende zaken geldt ook voor andere rechtshandelingen die bij notariële akte geschieden, zoals het vestigen van beperkte rechten.

Rechtszekerheid en rechtsbescherming?

De verplichte tussenkomst van de notaris bij de levering van onroerende zaken dient de rechtszekerheid in het rechtsverkeer. De notaris heeft namelijk een zorgplicht om erop toe te zien dat de rechtsgevolgen die partijen beogen ook daadwerkelijk intreden. In dit kader rust op de notaris een onderzoeksplicht: hij dient na te gaan of de wettelijke formaliteiten voor de beoogde rechtshandeling zijn nageleefd en daarnaast dient hij vast te stellen of aan de rechtshandeling geen materieel gebrek kleeft. Is de rechtshandeling nietig of wordt deze vernietigd, dan treedt het beoogde rechtsgevolg niet in. Om die reden wordt in algemene zin aangenomen dat de notaris niet mag meewerken aan nietige of vernietigbare rechtshandelingen. Daarnaast heeft de notaris een rechtsbeschermende taak, waarbij de zorgplicht van de notaris zich uit in een informatie- en waarschuwingsplicht jegens partijen. De functie van de notaris in het rechtsverkeer kan daarnaast onder bijzondere omstandigheden ook een verplichting meebrengen tot zorg voor de belangen van derden die geen partij bij de akte zijn.

De notaris heeft vanwege zijn rol in het rechtsverkeer om rechtszekerheid en rechtsbescherming te verschaffen de taak om het recht preventief toe te passen. Daarbij moet worden gerealiseerd dat de rechtshandeling die besloten ligt in de notariële akte wordt aangegaan door partijen en dat uiteindelijk niet de notaris maar het recht bepaalt welke gevolgen worden verbonden aan de inhoud van de akte.

Ministerieplicht?

In het geldende wettelijke systeem van overdracht van eigendom of vestiging van zakelijke rechten heeft de wetgever de notaris een rol toebedeeld in een fase waarin een reeds door partijen gesloten overeenkomst wordt uitgevoerd. De notaris heeft geen wettelijke taak bij de totstandkoming van de overeenkomst of de inrichting van het verkoopproces. Koper heeft op basis van de reeds gesloten koopovereenkomst een recht op levering, waarbij voor de notaris een ministerieplicht geldt: de notaris moet in principe meewerken aan de levering. Dit is slechts anders indien sprake is van een redelijke overtuiging of vermoeden dat dit leidt tot strijd met het recht of de openbare orde of indien de gevraagde handeling een ongeoorloofd doel of gevolg heeft: dan is de notaris verplicht zijn dienst te weigeren.

Onderzoeksplicht?

In het kader van zijn zorgplicht dient de notaris, voordat hij zijn ministerie verleent, dan ook te onderzoeken of er een reden is om zijn diensten te weigeren. Daarnaast moet hij – gelet op zijn rechtsbeschermende taak – een beoordeling maken van de vraag of er aanleiding is om de partijen bij de levering te informeren en zo nodig te waarschuwen.

De notaris die wordt ingeschakeld voor de levering van onroerende zaken waarbij een overheidslichaam (al dan niet in een daaraan voorafgaande schakel) optreedt als verkoper, zal – net als bij leveringen waarbij geen sprake is (geweest) van een verkopend overheidslichaam – moeten onderzoeken of de (reeds gesloten) koopovereenkomst geldig is, dan wel of deze nietig of vernietigbaar is. Gegeven het arrest-Didam zal de betrokken notaris moeten onderzoeken of het overheidslichaam de verkoopprocedure in overeenstemming met de norm van de Hoge Raad heeft ingericht.

Indien de notaris concludeert dat het verkoopproces in lijn met de norm van de Hoge Raad was ingericht (en ervan uitgaande dat er verder geen belemmeringen zijn voor uitvoering van de levering), kan hij uitvoering geven aan zijn opdracht en de levering effectueren. Komt de notaris echter tot de conclusie dat het verkoopproces niet juist is

doorlopen – omdat geen mededingingsruimte is geboden waar dat volgens het arrest-Didam wel had moeten of omdat geen sprake is van een uitzonderingssituatie waarin de formaliteiten zijn gevolgd – dan ligt het op zijn weg om zich een oordeel te vormen over de vraag of de titel voor de levering (de koopovereenkomst) nietig of vernietigbaar is, dan wel of met het uitvoeren van de levering door (één der) partijen onrechtmatig wordt gehandeld jegens een derde.

Gelet op het antwoord op vraag 16 staat niet op voorhand vast welk rechtsgevolg verbonden moet worden aan een dergelijke situatie en de notaris zal zich geconfronteerd zien met een dilemma, nu niet op voorhand duidelijk is of sprake is van een nietige of vernietigbare titel. Dit zal pas achteraf duidelijk worden indien een rechter zich over de zaak buigt.

Belangen van derden?

Voorts dient de notaris zich een oordeel te vormen over de vraag of met het uitvoeren van de koopovereenkomst in een voorkomend geval onrechtmatig wordt gehandeld jegens een derde. De notaris dient daarbij een afweging te maken tussen de belangen van partijen bij uitvoering van de koopovereenkomst en hun contractsvrijheid enerzijds en het belang van een derde jegens wie de levering mogelijk onrechtmatig is anderzijds. De notaris dient deze belangenafweging te maken zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris betaamt. Hij zal zich moeten afvragen of er omstandigheden zijn die aanleiding geven om nadere vragen aan partijen te stellen of nader onderzoek te doen. De notaris dient zich daarbij overigens bewust te zijn van het feit dat hij jegens partijen die niet bij de transactie betrokken zijn een geheimhoudingsplicht heeft.

Het enkele feit dat een derde in zijn belangen is geschaad doordat een overheidslichaam geen mededingingsruimte heeft geboden hoeft er niet toe te leiden dat de notaris zijn ministerie bij het verlijden van de leveringsakte per definitie moet weigeren. De Hoge Raad heeft in eerdere uitspraken de ministerieplicht van de notaris duidelijk vooropgesteld.¹⁶ Dit is anders indien er concrete aanvullende omstandigheden zijn die maken dat het nadeel van de derde, afgezet tegen de belangen van de bij de levering betrokken partijen, het uitvoeren van de levering onrechtmatig maakt.

Informatie- en waarschuwingsplicht?

Van de notaris wordt in elk geval verwacht dat hij partijen ter zake informeert en zo nodig waarschuwt indien hij op basis van de concrete omstandigheden van het geval tot de conclusie komt dat de levering mogelijk in rechte aantastbaar is omdat het verkoopproces niet met inachtneming van de toepasselijke norm uit het arrest-Didam is doorlopen. Het is voor de betrokken notaris van belang dat hij de door hem gemaakte belangenafweging en de vervulling van zijn informatie- en waarschuwingsplicht jegens partijen zorgvuldig vastlegt in zijn dossier, zodat ook op een later moment goed onderbouwd kan worden waarom hij bepaalde keuzes heeft gemaakt en zodat aangetoond kan worden dat hij zijn rechtsbeschermende taak jegens partijen ter harte heeft genomen.

Conclusie

De rol van de notaris die wordt betrokken bij een levering van onroerende zaken die (al dan niet in een voorafgaande schakel) zijn verkocht door een overheidslichaam is op zich niet veranderd na het arrest-Didam. Ook in dat geval zal de notaris moeten onderzoeken of de koopovereenkomst geldig en onaantastbaar is voordat hij zijn ministerie verleent bij een levering waarbij een verkopend overheidslichaam partij is of in een eerdere schakel partij was. Eventueel moet hij zijn dienst weigeren of ten minste partijen waarschuwen dat de rechtshandeling op grond van de rechtsregel van het arrest-Didam kan worden aangetast.

16 HR 3 april 20215, ECLI:NL:HR:2015:831 (Novitaris) en HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850.

NOG MEER VRAGEN?

Bij vragen over de implicaties van het arrest-Didam in uw specifieke casus: neem met een van ons contact op:



JAN FRANS DE GROOT
PARTNER
(BESTUURSRECHT, OVERHEIDS-
PRAKTIJK EN CASSATIE)

T +31 20 605 65 44
M +31 6 5152 7324
j.de.groot@houthoff.com



MICHEL KLIJN
PARTNER
(AANBESTEDINGSRECHT)

T +31 10 217 25 43
M +31 6 2221 0174
m.klijn@houthoff.com



GREETJE VAN HEEZIK
COUNSEL
(STAATSSTEUN)

T +32 2 507 98 10
M +32 4 7586 8593
g.van.heezik@houthoff.com



HERMAN LOHMAN
PARTNER
(REAL ESTATE)

T +31 20 605 61 20
M +31 6 2293 4252
h.lohman@houthoff.com



JOSEPHINE PEERBOLTE
SENIOR ASSOCIATE
(REAL ESTATE)

T +31 20 605 65 33
M +31 6 5184 5324
j.peerbolte@houthoff.com

Deze publicatie is een uitgave van Houthoff en is bedoeld als service aan cliënten en kantoorgenoten. De informatie in deze publicatie is van algemene aard en mag niet worden opgevat als juridisch advies. Desgewenst verstrekken wij over de behandelde onderwerpen graag aanvullende informatie of een juridisch advies. Houthoff heeft het auteursrecht op deze uitgave alsmede op alle daarin geplaatste artikelen. Na onze voorafgaande toestemming, en met bronvermelding en vermelding auteursrecht Houthoff, kunnen bepaalde artikelen echter opnieuw worden gepubliceerd.

www.houthoff.com

